

AFFIDAMENTI DIRETTI E COOPERAZIONE TRA ENTI PUBBLICI: IL MERCATO DELL'UNIONE SI ALLARGA O SI RESTRINGE?

dott. Claudio Rangone*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Affidamenti diretti ed accordi tra enti pubblici - Approfondimenti su: Concessione di servizi, in house providing ed accordi tra enti pubblici - Giurisprudenza in house: in particolare, sentenza Asemfo-Tragsa - Giurisprudenza su accordi tra enti pubblici: in particolare, sentenza Commissione/Germania, C-480/06 - 3. Incremento della concorrenza ed apertura del mercato nel contesto europeo - 4. Conclusioni.

* * *

Abstract

Il principio della messa in concorrenza sancito dai Trattati e disciplinato dalle direttive, vede due fondamentali esenzioni nell'in house providing e nella cooperazione tra enti pubblici. Il diritto comunitario, e soprattutto la giurisprudenza della Corte di giustizia, hanno esplicitato i limiti e le condizioni di applicabilità di tali esenzioni. Con riferimento all'in house providing, una ventina di sentenze principali della Corte, a partire dalla capostipite Teckal, (interessanti essenzialmente quattro paesi membri oltre all'Italia: Germania, Austria, Francia e Spagna), hanno chiarito le modalità interpretative delle due condizioni cumulative che devono sussistere per legittimare l'affidamento diretto: il controllo analogo e la prevalenza dell'attività con l'Ente.

A 12 anni di distanza dalla prima enunciazione, molteplici questioni attinenti gli aspetti soggettivi ed oggettivi relativi alla persona giuridica sottoposta al controllo analogo (tra cui, in particolare: forma giuridica anche privata, ma capitale totalmente pubblico e senza previsione a breve di apertura al privato; esercizio anche plurimo del controllo analogo, ma esteso a tutte le decisioni rilevanti ecc.) risultano chiaramente delineati da una giurisprudenza complessivamente coerente rispetto agli enunciati dei "requisiti Teckal".

Quanto poi all'affidamento diretto fondato sulla cooperazione tra gli enti pubblici, la Corte ha avuto modo in varie sentenze di ribadire con chiarezza la piena facoltà degli Stati di modulare liberamente il proprio assetto organizzativo, sia ricorrendo al mercato che mantenendo al proprio interno le diverse attività connesse all'espletamento delle loro funzioni pubbliche. La linearità complessiva della giurisprudenza della Corte sui due temi citati, non risulta contraddetta in modo grave neppure dall'analisi di due decisioni fortemente controverse (avviso totalmente contrario della Commissione europea e dell'Avvocato generale): si tratta delle sentenze Asemfo-tragsa (Spagna) e Commissione/Germania.

* Relazione presentata al Convegno IGI in Roma del 30 novembre 2010.

Nella prima, l'affidamento diretto alla società pubblica Tragsa delle opere e dei servizi in campo rurale trova legittimazione nell'assenza totale di autonomia decisionale ed operativa coniugata alla sottoposizione a prezzi imposti per tutte le prestazioni rese, che ne fanno uno "strumento tecnico" dell'Amministrazione: resta il forte sconcerto dell'interprete per uno Stato membro che decide per legge (unico caso nell'Unione!) di realizzare e gestire molti degli interventi di un intero settore economico- quello agricolo- in forma diretta, senza preoccuparsi delle conseguenti ripercussioni sul mercato e delle inevitabili distorsioni della concorrenza collegate al ruolo pure di operatore economico, ancorchè marginale, di Tragsa.

Nella seconda, il principio della libertà organizzativa dello Stato si esplica nella legittimazione dell'affidamento diretto del servizio di conferimento dei rifiuti urbani da parte di 4 circoscrizioni- aventi natura di amministrazioni aggiudicatrici- del circondario della città di Amburgo con i servizi di raccolta rifiuti di tale Comune, trattandosi (dice la Corte) "non di appalto di servizi ma di cooperazione tra Enti in cui ciascuno è chiamato ad apporti specifici"(conferimento dei rifiuti da parte delle circoscrizioni a fronte della disponibilità ad accogliere in caso di emergenza i rifiuti di Amburgo in discariche di loro proprietà alternative a quelle ormai sature della città di Amburgo), con prezzo di conferimento rapportato ai costi. Anche in questo caso l'interprete resta stupito della facilità con cui la Corte ribadisce la totale libertà dello Stato di non passare dal mercato nell'espletare la gestione di un servizio di interesse generale, quasi ignorando, come sottolinea l'Avvocato generale, la prescrizione del Trattato di cui all'art.86 (ora 106 del TFUE), secondo cui la deroga alle regole della concorrenza va applicata restrittivamente e con onere della prova circa la necessità di farvi ricorso.

La riconfermata legittimità degli affidamenti diretti e della cooperazione tra enti pubblici quale modalità alternativa al ricorso al mercato fa sorgere spontaneo un interrogativo: il mercato dell'Unione si allarga o si restringe? La risposta è certamente per la tendenza all'allargamento del mercato e per cercare di giustificare questa affermazione occorre indagare, sul piano comunitario e dei paesi membri, 4 principali ambiti di riferimento:

- 1) regola dell'affidamento con gara tra enti pubblici;*
- 2) appalti della Difesa;*
- 3) pubblicità nel sottosoglia;*
- 4) politica dell'allotissement con parallela esclusione/limitazione del subappalto.*

Si tratta di ambiti in cui la concorrenza è nata o si sta affermando soltanto da poco: a parte gli appalti della Difesa che dovranno aprirsi alla concorrenza in tutti gli Stati membri dal giugno 2011, la regola della gara negli affidamenti tra enti pubblici è stata inserita esplicitamente nel Code des marchés publics francese solo con il recepimento della D.18 dal 2006 (assente invece nelle versioni del Code 2004 e 2001); lo stesso dicasi per i contratti di "mandat", inseriti nel Code 2006 interrompendo una lunga tradizione di affidamenti diretti tra enti pubblici tramite tale variegato strumento di delega; analogamente ha operato la Spagna, che solo nel 2007 (dopo la condanna della Corte per inadeguato e ritardato recepimento) cambia la legge fondamentale, il cui titolo passa dal tradizionale Codice dei contratti dello Stato a quello di Codice dei contratti del settore pubblico ed include anche gli affidamenti di appalti tra soggetti pubblici.

Nel sottosoglia, a partire dal 2007, si assiste in tutti gli Stati membri ad una generalizzazione della previsione legislativa (e relativa prassi applicativa) dell'obbligo di pubblicità – adeguata all'intervento – in parallelo all'elevazione delle soglie nell'utilizzo della procedura negoziata, perché, ritengono molti Stati, tra cui in particolare Spagna, Francia e Regno Unito, la procedura negoziata preceduta da pubblicità è un mezzo idoneo a responsabilizzare la P.A. nel rispetto della concorrenza adeguata al tipo di appalto e non va demonizzata.

Infine, con la politica dell'allotissement (cioè dell'obbligatoria suddivisione in lotti adeguati alle caratteristiche delle PMI) di Francia e Germania (che copre ormai dal 5 al 10% del mercato), l'obiettivo del risparmio nella spesa pubblica si coniuga con quello di elevare di ruolo le PMI, facendo emergere alla trasparenza degli affidamenti con gara pubblica una fetta di mercato attribuito in precedenza in subappalto, ma, allo stesso tempo, negando alle PMI appaltatrici l'autorizzazione a subappaltare.

Per consolidare l'affermarsi del mercato nell'Unione, circoscrivendo con più chiarezza le zone di esenzione caratterizzanti gli affidamenti diretti, occorre però procedere rapidamente a disciplinare a livello UE la concessione di servizio ed a trasporre in norme comunitarie gli orientamenti consolidati della Corte in tema di in house providing e di rapporti pubblico-pubblico, inserendoli nelle annunciate proposte legislative "soft" sulla concessione di servizi e nella revisione delle D.17 e 18 che, secondo il Commissario al Mercato Interno, dovrebbe vedere l'avvio dell'iter approvativo già nel 2011.

* * *

1. Premessa. In un Convegno sugli affidamenti diretti e le forme di cooperazione tra Enti pubblici, pare utile volgere lo sguardo al contesto europeo e chiedersi se si sta navigando verso l'allargamento e la trasparenza del mercato oppure andando verso un incremento delle aree di esenzione. Per rispondere quale sia la tendenza prevalente (sia sul piano legislativo che nel contesto reale del mercato Ue), esaminerò la disciplina comunitaria e la giurisprudenza della Corte come pure il diritto ed il mercato di alcuni dei principali paesi membri, verificando in tal modo l'estensione degli affidamenti diretti e delle forme di cooperazione tra Enti pubblici in contrapposizione all'incremento dell'apertura del mercato e della concorrenza.

2. Affidamenti diretti ed accordi tra enti pubblici. Ovvero le tre deroghe al principio del Trattato della messa in concorrenza: attribuzione di diritti speciali ed esclusivi; in house providing e accordi tra enti pubblici. La loro delimitazione ad opera delle Direttive

e della giurisprudenza della Corte contribuisce a circoscrivere le aree dove trasparenza e mercato sono assenti od insufficienti. Gli ambiti di riferimento sono quelli indicati nella presentazione del Convegno:

- concessione di servizi
- concessione di servizi pubblici locali
- in house
- collegamenti infragruppo
- diritti speciali ed esclusivi
- convenzioni e/o accordi tra enti pubblici.

Si tratta di ambiti con una disciplina legislativa sia comunitaria che nazionale generalmente scarsa, poco organica od addirittura inesistente e che, a livello comunitario, sono retti essenzialmente da semplici Comunicazioni della Commissione europea ispirate da una vasta e consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia. Mi limiterò a talune informazioni su 3 di tali ambiti: le concessioni di servizio e l'analisi della giurisprudenza della Corte in materia di in house providing e di accordi tra enti pubblici: quanto alla concessione di servizi che, come è noto, trova la definizione nella D.18, ma nessuna disciplina a livello comunitario, è sufficiente dire che partendo dalle risposte ai questionari di giugno ed agosto la Commissione europea intende formulare-probabilmente nei primi mesi del 2011- una proposta di direttiva "soft", che rappresenti un quadro di riferimento per un progressivo affermarsi di un reale mercato comunitario delle concessioni di servizi in analogia con la disciplina vigente della concessione di lavori.

Quanto ai temi dell'in house providing e degli accordi tra enti pubblici, cercherò di dare uno sguardo sintetico alla giurisprudenza della Corte attraverso le sue principali decisioni per verificare se l'impostazione originaria della sentenza TECKAL sia stata rispettata integralmente. Per fare ciò, analizzerò alcune sentenze che, pur avvalorando la legittimità dell'affidamento diretto, possono apparire di difficile interpretazione e che, comunque, hanno visto contrasti di opinione anche radicali tra la Corte, da un lato, e la Commissione europea in veste di interveniente e di proponente il ricorso e l'Avvocato generale, dall'altro. Tralascierò invece di analizzare quelle tante decisioni della Corte che approfondiscono e precisano le

condizioni dell'esenzione legittima per una amministrazione aggiudicatrice al principio dell'obbligo di gara nel caso intenda stipulare, con un ente distinto sul piano formale ed autonomo sul piano decisionale rispetto ad essa, "un contratto a titolo oneroso", "indipendentemente dal fatto che tale ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice".

Come è noto, la deroga all'obbligo della gara che la Corte individua nella sentenza TECKAL (C-104/98 del 18 nov. 1999) secondo l'art. 86 del Trattato – ora art 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea-, si basa sull'esistenza di due requisiti cumulativi stabiliti per la prima volta nella citata sentenza, vale a dire nel caso in cui (punto 50) "nel contempo, l'ente eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti che la controllano". Con riferimento a tali requisiti la Corte, attraverso procedimenti che hanno interessato essenzialmente 4 paesi membri, oltre all'Italia, e cioè in ordine di frequenza, Germania, Spagna, Francia ed Austria, ha precisato, tra gli altri aspetti, le modalità dell'esercizio del controllo analogo (PARKEN BRIXEN; CABOTERMO e Consorzio ALISEI; ANAV, SEA/Comune di Ponte Nossola); la natura anche plurisoggettiva del suo esercizio (PARKING BRIXEN; ASEMFO-TRAGSA; CODITEL BRABANT); l'impossibilità del controllo analogo in presenza di partecipazione anche minoritaria di capitale privato (C-26/03, STADT HALLE) e/o la previsione concreta e ravvicinata di apertura a privati del capitale (PARKING BRIXEN; Commissione/Austria C-29/04; SEA/Comune di Ponte Nossola).

Quanto poi al secondo requisito, quello della realizzazione con l'ente della parte più importante dell'attività, la Corte ha fornito precisazioni esplicative circa il concetto di prevalenza (CARBO TERMO e Consorzio ALISEI) e la legittimità della presenza sul mercato con attività principali e/o accessorie (SEA/Comune di Ponte Nossola). Ritengo che l'esenzione indicata sia stata oggetto di una giurisprudenza abbastanza coerente ed approfondita: forse meno articolata appare invece la giurisprudenza in merito ad un'altra esenzione fondamentale, quella cioè connessa all'espletamento da parte di un'amministrazione aggiudicatrice dei propri compiti di interesse pubblico mediante

l'accordo diretto tra Enti. Al riguardo la Corte ha costantemente ribadito che le autorità pubbliche "non sono obbligate a rivolgersi al mercato per l'espletamento dei propri compiti (da ultimo, punto 33 causa C-480/06, Commissione europea/Germania), dato che hanno "la possibilità di scegliere se ricorrere a propri strumenti di tipo amministrativo, tecnico o di altro tipo (punto 32 della citata sentenza) ed in tal caso non si applicano le direttive oppure al mercato ovvero ancora operare tramite accordi tra enti pubblici". Da qui la necessità di approfondire quali possono essere questi "propri strumenti" e quali accordi siano possibili tra autorità pubbliche, cosa che cercherò di fare attraverso l'analisi di due sentenze "anomale": la prima è la decisione C-295/05 del 19 aprile 2007, ASEMFO-TRAGSA, la seconda la decisione C-480/06 del 9 giugno 2009, Commissione europea/Germania.

Nella sentenza ASEMFO-TRAGSA, la Corte è chiamata a decidere, in via pregiudiziale, "se, alla luce dell'art. 86, n. 1, CE, uno Stato membro possa attribuire ad un'impresa pubblica uno status giuridico che le consenta di realizzare operazioni senza essere assoggettata alle direttive appalti". Secondo la legislazione spagnola di costituzione della TRAGSA (Regio decreto 21 gennaio 1977, n. 379 e successive modifiche), società statale a capitale interamente pubblico (Stato e Comunità autonome), questa si occupa essenzialmente della "realizzazione di ogni tipo di attività, lavori e prestazioni di servizi inerenti all'agricoltura, al settore zootecnico, alle foreste, allo sviluppo rurale, alla conservazione e difesa dell'ambiente fisico e naturale, all'acquicoltura e alla pesca, nonché delle attività necessarie al miglioramento dell'utilizzo e della gestione delle risorse naturali, segnatamente l'esecuzione di opere di conservazione e di valorizzazione del patrimonio storico spagnolo nelle campagne (...)". Inoltre, "In quanto strumento esecutivo e servizio tecnico dell'amministrazione, la TRAGSA è tenuta ad effettuare, in via esclusiva, direttamente o per il tramite delle sue controllate, i lavori ad essa attribuiti dall'Amministrazione generale dello Stato, dalle comunità autonome e dagli organismi pubblici da esse dipendenti, nelle materie che costituiscono l'oggetto sociale della società e, segnatamente, quelli che hanno carattere urgente o che sono stati ordinati in seguito alla constatazione di situazioni urgenti. (...) Né la

TRAGSA né le sue controllate possono partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti disposte dalle amministrazioni pubbliche di cui sono strumenti. Tuttavia, in mancanza di offerenti, alla TRAGSA può essere affidata l'esecuzione dell'attività oggetto della gara di pubblico appalto. L'importo delle opere di ampia portata, dei lavori, dei progetti, degli studi e delle forniture realizzati per mezzo della TRAGSA è stabilito applicando alle parti eseguite le tariffe corrispondenti, le quali devono essere fissate dall'amministrazione competente. Le tariffe in parola sono calcolate in modo da riflettere i costi di realizzazione effettivi e la loro applicazione alle parti eseguite ha la funzione di giustificativo dell'investimento o dei servizi realizzati".

Il carattere di soggetto pubblico è riconfermato dalla previsione di legge secondo cui nel caso TRAGSA dovesse affidare a terzi l'esecuzione di prestazioni, deve procedere secondo legge in analogia alle amministrazioni aggiudicatrici. Sul piano procedurale, occorre ricordare che la causa origina dal ricorso dell'ASEMFO, Associazione nazionale delle imprese forestali, che lamenta come "lo speciale regime della TRAGSA le consentirebbe di effettuare un grande numero di operazioni su incarico diretto dell'amministrazione, in violazione dei principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici ed alla libera concorrenza, con la conseguenza di eliminare qualsiasi concorrenza sul mercato spagnolo. In quanto impresa pubblica ai sensi del diritto comunitario, la TRAGSA non potrebbe godere di un trattamento privilegiato relativamente alle disposizioni sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, adducendo il pretesto che si tratterebbe di un servizio tecnico dell'amministrazione". Dopo aver visto respinto il proprio ricorso dal Tribunale competente per la concorrenza in quanto "le opere realizzate dalla TRAGSA sono eseguite dall'amministrazione stessa e, pertanto, si potrebbe configurare una violazione del diritto della concorrenza solo in caso di un operato autonomo di tale società", l'ASEMFO ha proposto ricorso alla Corte di Cassazione, la quale "dopo aver constatato che la TRAGSA costituisce un ente di cui dispone l'amministrazione e che detta società si limita ad eseguire gli ordini delle amministrazioni pubbliche, senza poterli rifiutare né stabilire i prezzi e i costi dei suoi interventi", ha espresso dubbi sulla compatibilità del regime giuridico della TRAGSA con il

diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte sull'applicabilità alle imprese pubbliche delle disposizioni di quest'ultimo in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici e della libera concorrenza, ponendo una questione pregiudiziale. Inoltre, ricordando che, nella sentenza 8 maggio 2003, causa C-349/97, Spagna/Commissione), la Corte, relativamente alla TRAGSA, ha dichiarato che detta società dev'essere considerata come un modo diretto di agire da parte dell'amministrazione, il Tribunal Supremo precisa che, nella controversia ad esso sottoposta, vi sono circostanze di fatto di cui la decisione in parola non ha tenuto conto, quali la considerevole partecipazione dell'impresa pubblica al mercato delle opere di natura agricola, che causa una distorsione rilevante dello stesso, per quanto l'operato di tale impresa sia de iure estraneo al mercato, poiché, dal punto di vista giuridico, sarebbe l'amministrazione medesima ad esercitare l'attività". Il giudice comunitario rileva che in base alla legge costitutiva, TRAGSA è strumento esecutivo interno e servizio tecnico dello Stato e delle Comunità autonome, deve realizzare gli incarichi ad essa affidati "senza avere la possibilità di fissare liberamente il costo dei suoi interventi" per cui i suoi rapporti con gli Enti pubblici che la detengono "non hanno natura contrattuale bensì, a tutti gli aspetti carattere interno, dipendente e subordinato" (punto 51). Pertanto, dato che la TRAGSA "non dispone di alcun margine di libertà "né in merito al seguito da dare ad un incarico da parte delle amministrazioni competenti in parola, né quanto alle tariffe applicabili alle sue prestazioni, il che spetta al giudice del rinvio accertare, la condizione per applicare le direttive di cui trattasi relativa all'esistenza di un contratto non è soddisfatta". Ne consegue quindi che TRAGSA "non può essere considerata terza rispetto agli enti che ne detengono il capitale" (punto 61) dato anche che "la TRAGSA realizza mediamente più del 55% della sua attività con le comunità autonome e circa il 35% con lo Stato. Appare dunque che la parte più importante dell'attività della società di cui trattasi è realizzato con gli enti e gli organismi pubblici che la detengono".

Alla luce di quanto evidenziato, la Corte conclude, credo coerentemente, che le due condizioni di cui alla sentenza TECKAL risultano soddisfatte, rimandando al giudice nazionale la verifica di

merito delle situazioni esposte in causa. Resta naturalmente per l'interprete lo sconcerto di una situazione del tutto anomala in Europa, quella di uno stato membro che gestisce in forma diretta la realizzazione di opere e di servizi nel settore agricolo, ma ciò rientra nell'ambito di scelte legittime (anche se criticabili nel merito) alla luce del diritto comunitario.

La seconda sentenza attiene al tema della cooperazione tra enti quale modalità alternativa al ricorso al mercato. La Commissione europea ha chiesto alla Corte di condannare la Germania in quanto 4 circoscrizioni amministrative (Landkreise, che sono amministrazioni aggiudicatrici) della città di Amburgo hanno concluso direttamente (e quindi senza gara europea) con i servizi della nettezza urbana di Amburgo un contratto ventennale per lo smaltimento dei loro rifiuti (circa 120.000 tonnellate annue) nel nuovo impianto di termovalorizzazione di Rugenberger Damm, ad un prezzo concordato (e pagato direttamente al gestore dell'impianto), a fronte della disponibilità delle 4 circoscrizioni a ricevere, in caso di necessità, nelle loro discariche una determinata quantità di rifiuti della città di Amburgo per mancanza di capacità ricettiva nelle proprie discariche. La Corte, rilevato in via preliminare che la causa riguarda unicamente il contratto stipulato tra i servizi della città di Amburgo ed i 4 Landkreise limitrofi ed è destinato ad assicurare la messa in comune dei loro rifiuti e non il contratto con cui devono essere definite le relazioni tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e il gestore dell'impianto di trattamento" (punto 31), evidenzia che nel caso in esame è pacifico che non ricorrono le condizioni di cui alla deroga TECKAL ed in particolare quella del controllo analogo (punto 36): "Tuttavia, occorre rilevare che il contratto controverso istituisce una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, ossia lo smaltimento di rifiuti. Va ricordato che tale funzione è connessa all'attuazione della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti (GU L 194), che obbliga gli Stati membri ad elaborare piani di gestione dei rifiuti che contemplino, in particolare, «le misure atte ad incoraggiare la razionalizzazione della raccolta, della cernita e del trattamento dei rifiuti», e che, ai sensi della direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE, che modifica

l'art. 5, n. 2, della direttiva 75/442, una delle più importanti di tali misure è la ricerca di un trattamento dei rifiuti in un impianto il più vicino possibile" (punto 37). "Inoltre, – prosegue la Corte – è pacifico che il contratto stipulato tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i Landkreise interessati deve essere inteso come conclusione di un'iniziativa di cooperazione intercomunale tra le parti contrattuali e che contiene requisiti idonei ad assicurare la funzione di smaltimento dei rifiuti. Infatti, esso ha lo scopo di consentire alla città di Amburgo di costruire e di fare gestire un impianto di trattamento di rifiuti alle condizioni economiche più favorevoli grazie agli apporti di rifiuti dei Landkreise limitrofi, il che permette di raggiungere una capacità di 320 000 tonnellate. Per tale motivo, la costruzione di tale impianto è stata decisa e realizzata soltanto dopo l'accordo dei quattro Landkreise interessati ad utilizzare la centrale e il corrispondente impegno da loro assunto a tale effetto".(punto 38)

La Corte conclude pertanto asserendo (punti 44 e 45): "Emerge quindi che il contratto controverso costituisce tanto il fondamento quanto il quadro giuridico per la costruzione e la gestione future di un impianto destinato all'espletamento di un servizio pubblico, ossia la termovalorizzazione dei rifiuti. Detto contratto è stato stipulato soltanto da autorità pubbliche senza la partecipazione di una parte privata e non prevede né pregiudica l'aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti. Orbene, la Corte ha ricordato, in particolare, che un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche (sentenza CODITEL BRABANT, punti 48 e 49)".

Molto illuminanti sono anche i punti 46 e 47 che riportano il parere della Commissione e la conclusione della Corte: "La Commissione ha peraltro precisato all'udienza che qualora la cooperazione qui in esame si fossa tradotta nella creazione di un organismo di diritto pubblico che i vari enti interessati avrebbero incaricato di svolgere la funzione di interesse generale di smaltimento dei rifiuti, essa avrebbe ammesso che l'uso della centrale da parte dei Landkreise interessati

esulava dalla normativa sugli appalti pubblici. Essa ritiene, tuttavia, che in mancanza di un siffatto organismo di cooperazione intercomunale, l'appalto di servizi concluso tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i Landkreise interessati avrebbe dovuto essere oggetto di una gara d'appalto. Tuttavia, da una parte, va rilevato che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. Dall'altra, una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessuna impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti (v., in tal senso, sentenza STADT HALLE e RPL Lochau, punti 50 e 51)".

Le motivazioni della Corte in realtà possono non apparire completamente chiare e convincenti, per cui vale la pena di riportare anche le argomentazioni sul punto dell'Avvocato generale Jan Mazak (punti da 56 a 62): "La Repubblica federale di Germania fa inoltre valere che le circoscrizioni e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, in quanto organismi di diritto pubblico responsabili dello smaltimento dei rifiuti, potevano adempiere al loro compito soltanto stipulando il contratto controverso. Orbene, la direttiva 92/50 obbliga le circoscrizioni ad aggiudicare un appalto al prestatore che propone il prezzo più basso o l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico nell'ambito di una procedura aperta o ristretta. Pertanto, l'obbligo che deriva dalla direttiva 92/50, di indire la gara d'appalto nell'ambito di una procedura aperta o ristretta, osta all'adempimento del compito delle circoscrizioni e dei servizi per l'igiene urbana della città di Amburgo. Essa non si applica dunque in quanto tale, ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE (ora art. 106), alle circoscrizioni e ai servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo. Per quanto concerne l'art. 86, n. 2, CE (ora art.106) ai sensi del quale le imprese incaricate della

gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente Trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata, la Corte ha statuito che poiché si tratta di una disposizione che consente, in talune circostanze, una deroga alle norme del Trattato, tale articolo del Trattato doveva essere interpretato restrittivamente e che spettava allo Stato membro o all'impresa che si avvaleva di tale disposizione dimostrare che i requisiti di applicazione erano soddisfatti. Ritengo che la Repubblica federale di Germania non abbia adempiuto all'onere della prova a suo carico. Risulta che l'argomento su detto punto della Repubblica federale di Germania si basa su due premesse. In primo luogo, se il contratto controverso non fosse esistito, né le circoscrizioni né i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo avrebbero potuto adempiere ai loro compiti in materia di smaltimento dei rifiuti. L'impianto di Rugenberger Damm, infatti, ha potuto essere costruito soltanto grazie a tale contratto. In secondo luogo, il contratto controverso non si sarebbe concluso se le circoscrizioni avessero indetto una gara d'appalto nell'ambito di una procedura aperta o ristretta, dato che nell'ambito di una tale procedura, l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato al prestatore che presentava il prezzo più basso o l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico. A mio parere, tanto la prima quanto la seconda premessa sono errate. Mi pare dubbio che il contratto controverso sia stato l'unico strumento per adempiere ai compiti nel settore dello smaltimento dei rifiuti. Come rileva giustamente la Commissione, i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo avrebbero potuto proporre le loro capacità disponibili anche ad altri acquirenti. Non credo neppure che l'applicazione della procedura aperta o della procedura ristretta avrebbe ostato alla conclusione di un tale contratto tra le circoscrizioni e i servizi per l'igiene urbana della città di Amburgo, dato che, nell'ambito di tali procedure, l'appalto dev'essere assegnato al prestatore che presenta i prezzi più bassi o l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico". La Corte, tuttavia, come si è visto, ha deciso diversamente, ribadendo un principio ormai consolidato della propria giurisprudenza.

3. Incremento della concorrenza ed apertura del mercato nel contesto europeo. Sono oggetto di approfondimento 6 ambiti principali:

1. regola della gara tra enti pubblici
2. appalti della Difesa
3. pubblicità nel sottosoglia
4. politica dell'allotissement con parallela limitazione del subappalto
5. estensione del PPP contrattuale e del PPP istituzionalizzato
6. e-procurement, cioè gare elettroniche, le “vere procedure del XXI” secolo secondo la Commissione europea.

Quanto ad 1): tutti gli ordinamenti nazionali hanno recepito la regola comunitaria dell'obbligatorio passaggio dal mercato anche negli affidamenti di appalti tra soggetti pubblici o da soggetti costituiti in forma privata, ma aventi natura di organismo di diritto pubblico (fatte salve le esenzioni richiamate): forti sono state le resistenze e le difficoltà di molti paesi, tra cui in particolare di Spagna e Germania/Austria, testimoniate da numerose condanne della Corte, e, nel caso francese, dall'esclusione dai Code 2001 e 2004 delle disposizioni sull'obbligatoria messa in gara dei contratti di “mandat”, inserite soltanto con il Code vigente del 2006.

Quanto a 2): la D.2009/81/CE del 13 luglio 2009, a conclusione di un lungo processo negoziale, apre il mercato degli appalti di lavori, servizi e forniture militari fino ad ora esclusi, modificando le D. 17 e 18 con riferimento al settore della Difesa ed insieme ridefinendo in modo più chiaro e preciso il concetto di sicurezza degli Stati nei c.d. settori sensibili, con l'obiettivo di circoscrivere l'ambito di esclusione degli appalti. La direttiva deve essere trasposta nelle legislazioni nazionali entro il 21 agosto 2011.

Quanto a 3): il mercato del sottosoglia rappresenta una fetta importante del mercato totale degli appalti pubblici in tutti gli Stati membri e manifesta due macro tendenze a scala UE:

- a) una diffusione generale dell'obbligo (e della corrispondente prassi) della pubblicità preventiva (ancorché di livello locale e/o regionale – più raramente nazionale – in rapporto all'entità dell'intervento);

b) un innalzamento progressivo, accentuato dalla crisi finanziaria, delle soglie di ammissibilità della procedura negoziata preceduta da pubblicità.

Emblematica al riguardo la procedura c. d. “menor” spagnola e quella “adaptée” francese.

Quanto a 4): il diffondersi delle politiche di favore delle PMI tra cui in particolare quella dell’allotissement, cioè dell’obbligatoria suddivisione in lotti adeguati alle PMI degli appalti (particolarmente diffusa in Francia e in Germania, dove copre dal 5 al 10% del totale degli appalti), con parallela forte limitazione od esclusione totale del subappalto.

L’obiettivo di tali politiche è quello di elevare le PMI, nella trasparenza della gara, al ruolo di appaltatori rispetto a quello, tradizionalmente sottotraccia, di subappaltatori ed ottenere così una riduzione di spesa pubblica per i minori prezzi, accompagnata da una qualificazione maggiore delle PMI conseguenti all’assunzione di maggiori responsabilità imprenditoriali.

Quanto a 5): la diffusione enorme nell’ultimo decennio della formula PPP contrattuale in tutta Europa (30 md di € nel 2007, ridottasi del 40% con la crisi, ma ora in netta ripresa), che vede una completa trasparenza di aggiudicazioni in tutti gli ordinamenti nazionali (affidamenti con procedura ristretta mediante offerta economicamente più vantaggiosa o mediante dialogo competitivo), nonostante si tratti di interventi a forte assunzione di rischi in capo al privato (progettuale, finanziario, costruttivo, gestionale) e che, proprio per questo, il mondo anglosassone ha tentato per anni di sottrarre alle direttive comunitarie, ricorrendo sistematicamente in tali affidamenti alla procedura negoziata preceduta da pubblicità. Pure il PPPI vede qualche primo barlume di trasparenza, nonostante la carenza di norme UE e la presenza di legislazioni nazionali spesso inadeguate.

Quanto a 6): l’estensione lenta, ma progressiva, dell’e-procurement, cioè delle gare elettroniche, considerate dalla Commissione europea le gare adatte al XXI secolo, che mira a farne, per una vasta gamma di appalti non solo a prestazioni standard, la procedura prevalente, man

mano che le tecniche informatiche ed il loro uso si diffonde a scala dell'Unione.

4. Conclusioni. La tendenza complessiva in Europa all'allargamento del mercato degli appalti pubblici è incontestabile: tuttavia, sussistono ancora sia sul piano legislativo che operativo, e tanto nell'ordinamento comunitario che degli Stati membri, delle aree di esenzione che, se lasciate alla sola giurisprudenza della Corte e non adeguatamente normate, possono rappresentare un elemento di incertezza che incide negativamente sul mercato unico degli appalti pubblici e, più in generale, sullo sviluppo economico dell'Unione.

Questa esigenza di una legislazione comunitaria organica (che potrebbe essere introdotta in occasione dell'annunciata modifica delle Direttive 17 e 18), nasce anche dal fatto che in house providing e cooperazione tra enti pubblici rappresentano due temi che sono stati inquadrati nel diritto UE (ed ancor di più negli ordinamenti interni degli Stati membri) solo di recente: infatti se i requisiti dell'in house providing nascono con la sentenza TECKAL del 1999, le condizioni legittimanti l'affidamento diretto tra enti pubblici sono ancora più giovani.

Ad esempio, in Francia, tali tematiche si consolidano soltanto con l'ultima versione del Code des marchés publics (quello vigente) del 2006, di recepimento delle D. 17 e 18: infatti, nel Code del 2001 la possibilità di affidamento diretto tra enti pubblici, sebbene non espressamente vietata, non era però disciplinata mentre ancora nel Code 2004 l'art. 1 non la prevedeva. Occorre attendere la versione 2006 del Code per trovare una dizione chiara al riguardo (art. 1): "Gli appalti pubblici sono contratti conclusi a titolo oneroso tra amministrazioni aggiudicatrici definite all'art. 2 e tra queste ed operatori pubblici e privati".

Ancora la Francia sul tema dei rapporti pubblico-pubblico ha subito varie infrazioni dalla Commissione europea che l'hanno convinta, ormai alle soglie del deferimento alla Corte, ad inserire nel Code (si badi bene!) 2006 l'obbligatoria sottoposizione allo stesso dei contratti

di “mandat”, da sempre veicolo per l’affidamento in via diretta tra enti pubblici di rapporti riconducibili all’appalto.

In Spagna, la difficoltà di adeguare il rapporto pubblico-pubblico alle regole UE ha ritardato l’approvazione della legge di recepimento della D. 18 di un anno e mezzo (con relativa condanna della Corte) ed ha provocato un vero e proprio strappo nella tradizione giuridica del paese che si sintetizza nel cambio di nome del Codice stesso, che passa dal precedente Codice dei contratti dello Stato all’attuale Codice dei contratti del settore pubblico.

Nel mondo austro-tedesco poi il tema dei rapporti tra enti pubblici e tra questi e le loro società operative è stato (e continua ad essere) un tema delicatissimo, testimoniato dalle tante infrazioni della Commissione europea e dalle numerose sentenze di condanna della Corte, ma anche dalla presa di posizione controcorrente dei Governi e delle autonomi territoriali di tali paesi, particolarmente gelose delle proprie prerogative che si è concretizzato nel ricorso alla Corte della Germania contro la Commissione europea per l’asserita incompetenza ad emanare anche solo Comunicazioni interpretative riferite agli appalti sottosoglia, ricorso respinto dalla Corte.